



对外经济贸易大学

# 经贸法律评论

BUSINESS AND ECONOMIC LAW REVIEW

- ◆ 龚柏华 中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对
- ◆ 贺小勇 中国尽早加入《政府采购协定》的法律建议
- ◆ 廖凡 国家主权、正当程序与多边主义
- ◆ 张金海 可预见性规则的价值取向与制度安排

6

2019

# 经贸法律评论

对外经济贸易大学出版社  
中国·北京

---

### 专题聚焦：中美经贸法律问题及应对

---

- 1 龚柏华 中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对
- 13 贺小勇 中国尽早加入《政府采购协定》的法律建议
- 25 廖凡 国家主权、正当程序与多边主义  
——全球行政法视角下的“一带一路”合作机制构建
- 37 曾文革 夏天佑 论中国自由贸易试验区复制推广机制的法治化

---

### 经贸热点

---

- 49 赵平 论多元化纠纷解决机制下的《新加坡调解公约》
- 61 姚佳 国际统一私法协会农业用地投资合同法律指南与中国农地权利发展
- 74 葛伟军 论外商投资企业的司法解散

---

### 学科前沿

---

- 87 张金海 可预见性规则的价值取向与制度安排  
——以法国与英美合同法的比较为中心
- 106 刘明 网络虚拟财产的价值单边性特征及其启示
- 120 刘志伟 中国权利导向型金融监管法制的塑造
- 137 丁轶 个人自律、规范秩序与人类生活  
——个人自律的法哲学探究

# CONTENTS

---

## IN FOCUS: CHINA-US TRADE FRICTION AND LEGAL RESPONSE

---

- 1     *GONG Baihua*     US Unilateral Economic and Trade Sanctions and Their Legal Responses against the Background of Sino-US Economic and Trade Friction
- 13    *HE Xiaoyong*     Legal Advices on China's Accession to the Government Procurement Agreement as Soon as Possible
- 25    *LIAO Fan*        National Sovereignty, Due Process and Multilateralism: The Building of the "Belt and Road" Cooperation Mechanism from the Perspective of Global Administrative Law
- 37    *ZENG Wenge*    *XIA Tianyou*     On the Rule of Law of Replication and Extension Mechanism of China's Pilot Free Trade Area

---

## HOT TOPIC

---

- 49    *ZHAO Ping*       To Analyze the Singapore Mediation Convention under the Alternative Dispute Resolution Mechanism
- 61    *YAO Jia*         UNIDROIT-FAO-IFAD Legal Guide on Agricultural Land Investment Contracts and Agricultural Land Rights in China
- 74    *GE Weijun*       Judicial Dissolution of Foreign-Invested Enterprises

---

## FRONTIERS OF LAW

---

- 87    *ZHANG Jinhai*    The Value Orientation and Institutional Arrangement of Foreseeability Rule  
—Centered on Comparison of French and Anglo-American Contract Law
- 106   *LIU Ming*        The Unilateral Value of Virtual Property and Its Enlightenment
- 120   *LIU Zhiwei*      The Shaping of China's Rights-oriented Financial Supervision Legal System
- 137   *DING Yi*         Individual Autonomy, Normative Order and Human Life  
—A Study of Individual Autonomy from the Perspective of Legal Philosophy

# 中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对

龚柏华

---

**摘要：**美国单边经贸制裁主要包括贸易制裁和金融制裁，可分为直接制裁和次级制裁。次级制裁由于采取了域外适用的立法和基于扩展联系点而建立的“长臂管辖”，从而产生了国家间管辖权的冲突。中国政府可考虑采用“阻断法令”方法，切断美国单边经贸制裁在中国的效力。中国也可采取必要的法律反制措施，抵消美国单边经贸制裁的功效。受美国单边经贸制裁影响的中国实体或个体可根据情况采取申请行政排除、和解、在美国法院诉讼及合同条款预防等法律应对方法。

**关键词：**单边制裁；长臂管辖；阻断法；经贸摩擦

[中图分类号] D996.1 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2019) 06-0001-12

---

## 引言

中美经贸摩擦经过“边打边谈”状态后，两国政府或将通过签订协议一定程度上管控政府间的直接摩擦。无论政府层面“制裁与反制”的对抗措施最终是否能趋于平稳，美国政府都很有可能直接或间接地转而加强利用其市场地位和法律滥诉手段来针对中国实体或自然人。美国单边经贸制裁动态值得我们关注，需要及时采取应对措施并深入研究根治方法。

国际制裁行为可追溯到古希腊时代。<sup>(1)</sup> 制裁 (sanctions) 从国际关系角度定义，是指为迫使一个国家执行国际协议或行为准则而采取的军事或者经济的强制措施。发起制裁的国家 (国际组织) 称为实施国 (方)，被制裁国家称为目标国 (方)。

国际制裁根据实施主体的不同可以分为多边制裁和单边制裁。多边制裁一般指联合国安全理事会实施的强制性制裁措施；单边制裁指单独的一国 (如美国) 或者欧盟作为一个整体实施的制裁。本文主要探讨单边制裁，并以美国为例。

---

【作者简介】龚柏华，复旦大学法学院教授，博士生导师，上海市法学会国际法研究会会长。

【基金项目】国家社会科学基金重点项目“人类命运共同体国际法理论与实践研究” (项目批准号：18FX025) 子课题；复旦大学“一带一路”及全球治理研究院资助项目。

(1) Kern Alexander, ECONOMIC SANCTIONS: LAW & POLICY 8 (2009).

## 一、美国单边制裁的特征和种类

现今世界上最主要的单边制裁来源于美国。美国的单边制裁包括贸易制裁和金融制裁。贸易制裁的主要措施包括管制或禁止目标国的商品进口或出口；金融制裁的措施主要包括对目标国外部融资的限制与对目标国及其公民对外投资的限制。

美国单边制裁的早期法律依据主要是 1917 年的《对敌贸易法》(Trading with the Enemy Act, TWEA) 和 1977 年的《国际紧急经济权力法案》(International Emergency Economic Powers Act, IEEPA)。目前, 美国单边制裁主要依据是 IEEPA。<sup>(2)</sup> IEEPA 是《国家紧急状态法》(National Emergencies Act, NEA) 体系中一个使用率较高的法规。IEEPA 赋予美国总统广泛的权力 (Section 203 of IEEPA: Grants of Authorities; 50 U.S.C. § 1702), 但同时也要求其在采取措施时通报国会并说明采取行动的具体法律依据。在国会的授意下, 在实践中美国总统使用 IEEPA 已经超出其“紧急状态”的原意而引申用于对外制裁情况 (不需要宣布“紧急状态”)。IEEPA 授权美国总统可发布行政命令, 管制或禁止与受制裁国家涉及美国产品的贸易, 或美国公民与受制裁国家的贸易。美国单边制裁在实践中根据与制裁对象的关系, 可分为直接制裁和次级制裁。直接制裁禁止美国人和美国实体与制裁对象之间的经贸来往。这里所说的“美国人和美国实体”具体指以下几类: 第一类, 美国公民和美国永久居民 (绿卡持有者), 包括在海外居住者以及代表非美国公司者。第二类, 在美国成立的公司, 包括其海外分公司。有时候, 美国还将在美国的外国公司的子公司以“串通”罪名而连带进去。第三类, 在美国境内有行为的非美国人或实体, 包括外国银行通过美国金融系统转汇行为。<sup>(3)</sup> 对于非美国人而言, 在开展业务时, 若与美国存在联结 (如使用美元结算, 产品使用了美国组件, 交易有美籍员工参与等) 也会受美国制裁法律法规的管辖。非美国人在第三国将来源于美国的货物转售给美国制裁对象也将会被制裁。有美国参股 (多数) 的公司也被认定为受美国制裁法管辖的对象。次级制裁禁止第三国自然人或实体与目标国进行某些特定的交易, 意在迫使第三国自然人或实体对目标国采取与它同样的制裁措施, 将单边制裁强制转化为多边行为。<sup>(4)</sup> 次级制裁是美国霸凌主义的一种典型体现。<sup>(5)</sup>

单边经贸制裁由于涉及其法令的域外效力 (extra-territorial application) 和“长臂管辖”效果, 因此会与其他国家的管辖权发生冲突。关于美国单边经贸制裁法令域外适用和“长臂管辖”的国际法问题已经有不少学者撰文进行了讨论, 中国学者对美国单边经贸制裁法令的域外效力及“长

---

(2) 关于美国《国际紧急经济权力法案》的变迁, 可参见美国国会研究服务署 2019 年 8 月 1 日的专题研究报告: The International Emergency Economic Powers Act: Origins, Evolution, and Use.

(3) Any United States citizen, permanent resident alien, entity organized under the laws of the United States or any jurisdiction within the United States (including foreign branches), or any person in the United States.

(4) 杨永红:《次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开》,《法商研究》2019 年第 3 期, 第 164 页。

(5) 刘道纪、高祥:《美国次级制裁合法性问题研究》,《南京社会科学》2018 年第 10 期, 第 103 页。

臂管辖”的法理和区别进行了研讨，本文不再赘述。<sup>(6)</sup>

美国单边制裁的执行机构是美国财政部海外资产控制办公室（The Office of Foreign Assets Control of the US Department of the Treasury, OFAC）。OFAC 的使命在于管理和执行所有基于美国国家安全和对外政策的经济和贸易制裁。OFAC 被授权许可对可疑财产予以扣押或冻结。OFAC 对其管理范围内的贸易和金融制裁不定期地进行重新评估和更新，根据评估的结果并结合美国的国家安全和外交政策，会发表一系列制裁名单。美国的金融机构为了避免来自美国政府的政治压力和法律风险，在进行交易时都要对自己的交易对手进行 OFAC 名单的审查，只有当交易对手不在 OFAC 的名单之内时，才可以与之交易；反之，则必须中止交易。OFAC 制裁有三大类。第一类为对特定国家的制裁。上过这份名单的国家及相关主体包括：巴尔干相关，白俄罗斯，布隆迪，中非共和国，古巴<sup>(7)</sup>，刚果民主共和国相关，伊朗<sup>(8)</sup>，伊拉克相关，黎巴嫩相关，利比亚，马格尼茨基（与俄罗斯相关），朝鲜，索马里，苏丹和达尔富尔，南苏丹相关，叙利亚，乌克兰/俄罗斯相关<sup>(9)</sup>，委内瑞拉相关<sup>(10)</sup>，也门相关和津巴布韦。第二类为对特定国家个人的制裁（specially designated nationals and blocked persons list, SDN）。这包括特殊指定个人（如恐怖分子、毒贩<sup>(11)</sup>）或实体。SDN 名单上有具体的银行、实体和船舶的名字，他们不得与美国人或用美元做生意。如果美国金融机构给被制裁的实体转账，则其钱款将被冻结到一个独立账户，直到制裁解除。为了精准打击、避免殃及无辜，美国针对个体的制裁又被称为“智慧制裁”（smart sanctions）。<sup>(12)</sup> 第三类为基于项目的制裁，如血钻石、大规模杀伤性武器等。

目前，美国主要的制裁清单有以下两大类型：第一类，美国财政部的制裁清单。这又可分为：（1）特别指定国民清单（SDN list），对于该清单上被指定的实体或个人，其在美国境内、嗣后进入美国境内或者被美国人控制的财产都将受到冻结，美国政府禁止美国人或者在美国境内与这些实体或个人进行交易。对于某些被指定的实体或个人，第三国的企业或个人如果与其进行交易，

〔6〕 杜涛：《美国单边域外经济制裁的国际法效力问题探讨》，《湖南社会科学》2010年第2期，第67页。有学者认为域外管辖、“长臂管辖”、美国法的域外适用三个概念具有交叉性，但存在很大区别。域外管辖是一个统称概念，“长臂管辖”限于对人管辖权中的特别管辖权，美国法的域外适用是美国行政机关和司法机关将立法机关通过的具有域外效力的立法适用于美国境外的人和事。李庆明：《论美国域外管辖：概念、实践及中国因应》，《国际法研究》2019年第3期，第3-23页。

〔7〕 1996年，美国国会通过了《古巴自由民主团结法案》（又称《赫尔姆斯-伯顿法案》）。2015年1月15日，美国政府宣布修改部分对古巴的制裁措施，放开旅行（包括旅行服务及保险）、货物进出口及部分金融服务方面的制裁限制。2019年3月4日，美国国务卿蓬佩奥宣布恢复执行《赫尔姆斯-伯顿法案》，允许古巴裔美国人从2019年3月19日开始可根据该法案第三部分提起归还财产之诉讼。

〔8〕 1996年通过《伊朗利比亚制裁法案》（又称《达马托法案》，2006年更名为《伊朗制裁法案》，2010年6月美国通过《全面制裁伊朗法案》）。2018年5月8日美国宣布退出《伊核协议》，2018年11月5日美国全面恢复因《伊核协议》而废除的经济制裁措施。

〔9〕 乌克兰危机爆发以后，美国、欧盟相继对俄罗斯相关个人及实体实施制裁并不断加大制裁力度。

〔10〕 直接对委内瑞拉实施制裁的是《2014年捍卫委内瑞拉人权及公民社会法案》（Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act of 2014）和7项行政令。此外，美国财政部长签发了三份“决定”（determination），颁发了约30份“一般许可”。

〔11〕 美国财政部2019年8月21日对三名中国男子进行制裁，指控其非法交易芬太尼。这三人被美国财政部海外资产控制办公室（OFAC）列为海外大毒贩，依法冻结其在美国控制的一切财产，禁止美国公民进行与这些财产有关的交易。

〔12〕 Richard Gordon, SANCTIONS LAW 3 (2019).

也会受到美国的制裁，包括自身可能被指定为 SDN。(2) 规避制裁的外国人清单 (foreign sanctions evaders list)，是指违反、试图违反、共谋违反或导致违反美国制裁或者为规避制裁的欺骗性交易提供便利的外国实体或个人。美国政府禁止美国人或者在美国境内与这些外国实体或个人进行交易。(3) 外国金融机构受联系账户或过款账户制裁清单 (CAPTA list)。被列入该清单的外国金融机构被禁止在美国银行开立或维持联系账户或过款账户，或者需要遵守严格条件。第二类，美国商务部的制裁清单。这又可分为：(1) 实体清单 (entity list)。如果向被列入该清单的实体出口或转出口美国管制物项，则需要事先得到美国商务部许可，一般采取推定拒绝许可政策。(2) 拒绝人士清单 (denied person list)，该清单禁止与被拒绝人士进行任何违反拒绝令的交易。(3) 未经核实清单 (unverified list, UVL)，即无法完成最终用途核查的最终用户。被列入未经核实清单的后果包括：向未经核实最终用户出口或转出口不能适用许可例外；对于不需要出口许可证的物项也需要提交最终用户和最终用途声明。以上各种清单可以通过美国财政部综合检索系统查询。<sup>(13)</sup>

另外，还要注意美国州层面的制裁法令。州层面的制裁主要分为两类：第一类是政府采购合同禁令，即禁止政府及其相关部门与被认定为在伊朗参与了被禁止的活动名单中的企业签订公共采购、政府采购类的合同或签订此类合同的续期合同；第二类是基金投资限制，即任何属于州政府或其管辖下的养老金、年金基金的资产均不得投资于被列入制裁名单中的企业。

美国人和美国实体被美国政府制裁的后果轻者被罚款，重者可能被刑事处罚。如果外国实体被纳入 SDN 名单则可能完全失去美国市场和美元业务。世界上主要国际大银行都有被美国制裁的经历。例如 2014 年，法国巴黎银行因为通过刻意隐藏、删除敏感信息、逃避金融机构筛查的方式帮助美国制裁对象进行美元交易，而触犯美国制裁政策，被美国政府处以 89 亿美元创纪录罚款。<sup>(14)</sup>

## 二、在美国法院抗辩美国单边制裁的法律问题

当事者一旦被美国政府列为制裁对象，可根据情况利用美国国内法院进行“不适用”抗辩。当事者到美国法院诉讼之前要穷尽行政救济手段。<sup>(15)</sup> 在美国法院诉讼获胜难度很大，因为制裁涉及美国外交政策和国家安全，美国法院对挑战制裁决定的理由所设门槛非常高。从以往的判例看，当事者一般是从违宪（如正当程序）角度来挑战 OFAC 的决定。美国法院确立诉讼管辖权时通常要考虑以下因素：是否为美国公民；是否进入了美国领域；是否与美国建立了“实质性的联系” (substantial connections)；在美国有无财产或有无银行账户。

---

(13) 具体名单可查：<https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/SDN-List/Pages/default.aspx>。有 PDF 和 TXT 下载，也可以在线查询。

(14) Christopher M. Swift, *European banks and extraterritorial sanctions: lessons from the BNP Paribas settlement*, 21 INTERNATIONAL TRADE LAW & REGULATION, 61–64 (2015).

(15) 美国行政法规的依据：31 CFR 501.806 和 31 CFR 501.807。

表 1 是美国法院涉及制裁的部分案例一览表。

表 1 美国法院涉及制裁的部分案例一览表

案例索引	案例要点
People's Mojahedin Organization of Iran v. Department of State, 182 F. 3d 17 (1999) (PMOI I)	法院仅审查作出制裁所依据信息的充分性。至于恐怖组织的活动是否威胁国家安全不属于司法审查范围
National Council of Resistance of Iran v. Department of State, 251 F. 3d 192 (2001) (NCRI)	本案涉及被制裁对象是否被剥夺美国宪法正当程序权利。法院认为, 本案涉及《美国宪法第五修正案》下剥夺财产问题。法院认为, 被制裁对象应该享有通知和听证的机会
People's Mojahedin Organization of Iran v. Department of State, 327 F. 3d 1238 (2003) (PMOI II)	法院认为, 已经给当事人充分的正当程序
Holy Land Foundation v. Ashcroft, 333 F. 3d 156 (2003) (HLF)	只要 OFAC 裁定不是营私舞弊的、是基于实质性证据的, 法院将维持其裁定。法院认为, 政府在作出制裁对象决定时可依据广泛的证据, 包括情报信息和传闻证据
Islamic American Relief Agency (IARA-USA) v. Gonzales 477 F. 3d 728 (2007) (IARA)	如果涉及外交政策和国家安全, 法院一般不予干预
Kind Hearts for Charitable Humanitarian Dev., Int. v. Geithner 647 F. Supp. 2d 857 (2009) (Kind Hearts)	法院认定, OFAC 至少应向被指定制裁对象提供可以公开的信息告知其被制裁的依据
Crosby v. National Foreign Trade Council 530 U.S. 363 (2000)	马萨诸塞州一项法令禁止州机构向与缅甸交易的企业和个人采购货物或服务。美国最高法院判决认为其违宪
People's Mojahedin Organization of Iran v. Department of State, 613 F. 3d 220 (2010) (PMOI III)	法院认定, 美国政府没有给被制裁对象提供可公开的信息; 没有提供有意义的听证机会
Odebrecht Construction Inc. v. Secretary, Florida Department of Transportation, 11th Cir., No. 12-13958, 5/6/13	美国佛罗里达州曾经颁布法令禁止美国企业及其海外分、子公司与古巴交易。美国一家公司的巴西子公司 Odebrecht 建筑公司因其美国母公司涉及与古巴交易, 被禁止在佛罗里达州参与合同招标而在美国法院提起诉讼。美国第十一巡回法院支持了原告请求, 认为这种禁止规定违反美国联邦宪法
Al Haramain v. Treasury Department, 686 F. 3d 965 (2012) (AL Haramain)	法院认定, OFAC 没能解释其基于国家安全的理由
Kadi v. Geithner, 42 F. Supp. 3d 1 (2012) (Kadi)	法院认为, 正当程序仅要求提供可公开的信息
Zevallos v. Obama, 10 F. Supp. 3d 111 (2014) (Zevallos)	法院认为, OFAC 一般不需要提供通知和听证
Chichakli v. Trump, United States District Court, District of Columbia. March 17, 2017, 242 F. Supp. 3d 45	美国公民 Richard A. CHICHAKLI 认为有关对利比亚的制裁措施侵犯了其权益, 要求赔偿。美国联邦地区法院以程序为由驳回诉讼, 当事人上诉。上诉法院发回重审。联邦地区法院最终判决, 尽管美国公民有权挑战美国的相关法令, 但美国法令制裁冻结相关公民的财产不违反“事后追溯条款”(ex post facto clause)
EPSILON ELECTRONICS, INC., Plaintiff, v. UNITED STATES DEPARTMENT OF THE TREASURY, Office of Foreign Assets Control, et al., Defendants. D.C.Cir., May 26, 2017	法院认为, OFAC 对音响设备生产商向伊朗出口货物制裁措施合理
United States v. Zarrab, United States District Court, S. D. New York. June 01, 2017	Reza Zarrab 是土耳其贸易商, 被指控从事与制裁对象伊朗进行交易, 通过美国银行支付系统而被美国 OFAC 制裁。美国法院驳回了 Zarrab 的保释请求。法院的理由是 Zarrab 利用美国银行结算导致美国实体被圈入成为制裁对象

### 三、中国政府应对美国单边制裁的法律手段

制裁与反制裁实际上是国力的较量。中国政府在不确定的中美经贸摩擦中应防患于未然, 将

易被制裁的能源等进口渠道多元化，增加吸引外资，形成利益共同体。<sup>(16)</sup>

除了在必要的情况下向世界贸易组织（WTO）提起相关争端解决外，中国可能更需要从本国立法角度进行有效的法律反制。俄罗斯国家杜马 2018 年 5 月通过了《俄罗斯联邦反制裁法》。该法授权俄罗斯政府，针对美国等“不友好国家”采取货物和服务进出口限制和禁止措施，并禁止美国实体参与俄罗斯境内的私有化交易。中国未必要学俄罗斯专门制定这类反制裁法，但中国在必要时可以从已有法律中寻找相关法律依据，如《中华人民共和国对外贸易法》第 7 条、第 16 条、第 17 条、第 26 条、第 27 条、第 31 条。<sup>(17)</sup>

中国政府在多种场合表明，不承认美国单边制裁对中国企业的域外效力。2019 年 7 月 23 日，针对美国司法部已起诉四名中国公民和丹东鸿祥实业发展有限公司所谓合谋逃避对朝鲜的有关制裁，中国外交部发言人华春莹在例行记者会上表示，中方反对美方根据国内法对中国实体和个人施以长臂管辖，这个立场是一贯的和明确的。

中国政府在表明外交立场的同时，还需要从立法层面对美国单边经贸制裁作出一定的反制措施。2019 年 2 月 25 日，中央全面依法治国委员会第二次会议提出“要加快推进我国法域外适用的法律体系建设”。中国可以考虑相应的法律规定域外适用机制。有学者认为，“适度的国内法域外适用有助于保护本国公民和企业的利益，也是国家影响国际法规则创设的有力工具”。<sup>(18)</sup>

中国政府也可参考欧盟的做法，出台针对美国单边经贸制裁的“阻断法令”（Blocking Statute）（也翻译为“阻却法令”）。阻断法令是一种国家宣誓司法主权的象征，以欧盟阻断法令影响力最大。<sup>(19)</sup> 欧盟 1996 年引入了《关于应对第三国法案域外适用的保护条例》（下称《阻断条例》），主要包括：（1）禁止与美国域外制裁措施相关的合规事项；（2）考虑制裁措施产生的效果，不承认司法判决或者行政决定；（3）规定“弥补性”条款，补偿相关主体因违反经济制裁措施遭受的损失；

---

(16) 熊李力、刘丹阳：《中国面临的潜在制裁风险及反制裁路径——基于美欧对俄制裁的比较视角》，《世界经济与政治论坛》2016 年第 2 期，第 1 页。

(17) 第 7 条规定：“任何国家或者地区在贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施。”第 16 条规定：“国家基于下列原因，可以限制或者禁止有关货物、技术的进口或者出口：……（十一）根据我国缔结或者参加的国际条约、协定的规定，其他需要限制或者禁止进口或者出口的。”第 17 条规定：“国家对与裂变、聚变物质或者衍生此类物质的物质有关的货物、技术进出口，以及与武器、弹药或者其他军用物资有关的进出口，可以采取任何必要的措施，维护国家安全。在战时或者为维护国际和平与安全，国家在货物、技术进出口方面可以采取任何必要的措施。”第 26 条规定：“国家基于下列原因，可以限制或者禁止有关的国际服务贸易：……（六）根据我国缔结或者参加的国际条约、协定的规定，其他需要限制或者禁止的。”第 27 条规定：“国家对与军事有关的国际服务贸易，以及与裂变、聚变物质或者衍生此类物质的物质有关的国际服务贸易，可以采取任何必要的措施，维护国家安全。在战时或者为维护国际和平与安全，国家在国际服务贸易方面可以采取任何必要的措施。”第 31 条规定：“其他国家或者地区在知识产权保护方面未给予中华人民共和国的法人、其他组织或者个人国民待遇，或者不能对来源于中华人民共和国的货物、技术或者服务提供充分有效的知识产权保护的，国务院对外贸易主管部门可以依照本法和其他有关法律、行政法规的规定，并根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定，对与该国家或者该地区的贸易采取必要的措施。”

(18) 廖诗评：《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》，《环球法律评论》2019 年第 3 期，第 1787 页。

(19) 加拿大、墨西哥、澳大利亚也有类似法令。

(4) 要求汇报与制裁相关的活动。<sup>(20)</sup> 2018年8月6日, 欧盟重启阻断法令以保护在伊朗境内运营的欧盟企业免受美国制裁。<sup>(21)</sup> 欧盟阻断法令实践效果可能有限, 欧盟企业迫于美国压力, 纷纷中止与伊朗的交易。

中国可视情况参照欧盟成员国推出阻断法令, 提供“阻断”美国单边制裁法在中国的效力; 必要时, 可增加授权遭受损害的中国企业或自然人有权起诉触发美国制裁法适用的相关公司或自然人(实际上是对“举报人”构成一定的威慑)。也有学者提出建立单边制裁报告制度, 要求受次级制裁影响的个人和实体及时向中国政府报告外国有域外效力的法对中国的影响情况, 以便中国政府及时了解外国法域外适用对中国的影响并能够迅速采取反制。<sup>(22)</sup>

根据美国的判例, 如果中国公布了相关“阻断法令”, 即中国企业或自然人在“法律上”不得遵从美国的单边制裁法令否则会受中国法律处罚, 则美国法院需要考虑当事人“两难处境”, 可能会根据“国际礼让原则”或“外国主权强迫原则”而判令美国单边制裁法令(或其他相关法令)不适用。例如, 在美国竞争者告中国维生素C企业在中国价格同盟而触犯美国反垄断法即域外适用案中, 美国上诉法院就是因中国有“惩罚性规定”存在而采取了“国际礼让”, 不予追究。<sup>(23)</sup> 美国当事者将该案告到了美国最高法院, 美国最高法院以外国法查明不仅仅依据外国政府的说明为由, 要求发回重审。这并没有否定“国际礼让原则”在美国司法中的存在和适用。又如, 在美国法院要求中国的几家银行在美国的子行提供在中国内地母行的账户信息案件中, 中国相关当事者也以“中国政府有禁止向外披露信息的法令”即“阻断法令”规定为由进行了抗辩。2019年3月18日, 美国哥伦比亚特区联邦法院豪威尔(Beryl A. Howell)法官在敦促三家中国的银行依美国检方要求提供交易记录的法令中表示, 美国哥伦比亚特区检察长要求上述三家银行提供的数千万美元交易的记录, 可能涉及违反美国对朝鲜制裁相关法令、美国反洗钱法和银行保密法。法庭认为, 三家涉案的中国银行不提供银行交易记录将损害美国国家安全利益。豪威尔法官认为, 银行提供的关于中国行政和刑事处罚案例或与案情不完全相关, 或仅为名义处罚, 因此不具备说服力。法官同意, 在当前的情况下, 中方对这些银行的处罚可能会“史无前例”地严重。尽管银行提交的中国司法部公函中表示如果银行擅自配合美方调查, 则会受到民事、行政和刑事处罚。但是法官认为信中的警告前后不一致, 对本案的细节存在错误, 并且缺乏银行可能面临的明确、具体的处罚。因此, 豪威尔法官认为, 此类公函“并未表明中国政府会采取有违常理的措施, 对其持有相当权益的银行进行严厉处罚”。2019年4月10日, 豪威尔法官作出判决, 认定三家中国的银行因未按法院命令提供美国检方要求的银行记录, 构成藐视法庭, 被判以每日5万美元的罚款,

---

(20) 转引自石佳友、刘连姝:《美国扩大美元交易域外管辖对中国的挑战及其应对》,《上海大学学报》2018年第4期,第17页。

(21) Liesbeth Truyens, Stefaan Loosveld, *The EU Blocking Regulation: navigating a diverging sanctions landscape*, 30 INTERNATIONAL COMPANY AND COMMERCIAL LAW REVIEW, 490-501 (2019).

(22) 杨永红:《次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开》,《法商研究》2019年第3期,第176页。

(23) 龚柏华:《新近中美经贸法律纠纷案例评析》,上海人民出版社2017年版,第115页。

直到这些银行履行法院命令为止。<sup>(24)</sup> 2019年7月30日，美国上诉法院维持对中国三家大银行的判决不变。<sup>(25)</sup> 可见，美国政府部门似乎正在采取措施对中国的金融机构施压，以便实现美国对朝鲜制裁行动的打击效果。对于在美国拥有资产或设有分支机构的中国金融机构而言，其更容易受到美国金融监管机构以反洗钱合规为理由对其涉及朝鲜业务的监管审查。该案再次表明，中国需要出台明确的“阻断法令”，以便于中国相关企业在美国涉诉时提出必要的抗辩。

此外，中国政府也可以子之矛，攻子之盾，针对美国单边经贸制裁的“清单”模式，制定我国相关的反制清单，以达到一定的威慑作用。2019年5月31日，中国商务部宣布，中国将建立“不可靠实体清单”制度，对基于非商业目的，对中国实体采取封锁、断供或其他歧视性措施，对中国相关产业造成实质损害，对国家安全构成威胁或潜在威胁的外国法人、其他组织或个人将列入其中。<sup>(26)</sup> 具体而言，列入“不可靠实体清单”的标准为：（1）该实体是否存在针对中国实体实施封锁、断供或其他歧视性措施的行为；（2）该实体行为是否基于非商业目的，违背市场规则和契约精神；（3）该实体行为是否对中国企业或相关产业造成实质损害；（4）该实体行为是否对国家安全构成威胁或潜在威胁。

#### 四、中国实体和个人应对美国单边制裁的法律措施

中国尽管从外交角度，不承认美国单边经贸制裁法令的域外效力及其“长臂管辖”，但从美国的经济实力和广阔市场的现实考虑，中国相关实体和个人仍然要避免被美国制裁法令的“域外适用”及“长臂管辖”。一旦被“长臂管辖”则需要考虑采取适当的法律应对措施。

自此轮中美经贸摩擦以来，已经有多起中国企业和个人被美国相关部门认定违反美国制裁措施而遭罚款。2018年6月7日，美国商务部指控中兴通讯公司违反针对伊朗的制裁规定，中兴通讯公司面临供应链断裂的危险而被迫接受美国的制裁，支付了14亿美元罚金，并更换董事会和管理层，接受美国商务部指派的合规审查员。2018年8月1日，美国商务部以国家安全利益为由将44家中国企业列入出口管制实体清单。2018年10月29日，美国商务部将福建省晋华集成电路有限公司列入出口管制实体清单。2019年5月15日，美国商务部将中国民营企业华为技术有限公司及其70家所属公司列入纯进口管制实体清单。2019年6月21日，美国商务部将曙光、Higon、成都海光集成电路、成都海光微电子技术和无锡江南计算技术研究所列入实体清单。2019年7月18日，美国财政部将与伊朗有联系的和涉及核不扩散问题的4家中国公司列入制裁名单。2019年8月13日，美国商务部把中国最大的国有核电企业中国广核集团（中广核）等4家企业（中广

---

(24) Grand Jury Investigation of Possible Violations, 18 U.S.C. § 1956; 50 U.S.C. § 1705 (Apr. 10, 2019).

(25) SEALED CASE No. 19-5068 Consolidated with 19-5100, 19-5102, 19-5103 Decided July 30, 2019, Reissued August 6, 2019, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. 2019 WL 3558735.

(26) 商务部：《中国将建立不可靠实体清单制度》，<http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyjl/e/201905/20190502868927.shtml>，最后访问时间：2019年8月30日。

核集团、中国广核集团有限公司、中广核研究院有限公司和苏州热工研究院有限公司)列入实体清单。截至2019年8月底,中国已有400多个实体或个人被美国作为制裁对象。

中国实体或个人被美国列为制裁对象后,可采取的法律救济措施如下。

#### (一) 争取从制裁名单中去除

为了保证制裁的所谓合理性,美国单边经贸制裁不是禁止所有的交易往来和资金流转,而是根据不同的事件,采取不同的制裁方式,往往会有一定程度的例外豁免。例如,美国OFAC会签发一些许可证,允许与受制裁的国家进行贸易,这些贸易的商品通常是关乎民生的,不会危害国家安全,如食品、体育器械、部分医疗等。

2019年4月11日,美国商务部工业安全局(BIS)将50家实体列入未经核实清单,其中37家为中国公司及高校。2019年6月27日,BIS宣布从清单中移除8家中国公司。<sup>(27)</sup>

中国企业和个人可在专业人士的帮助下,自我判断认定是否属于美国制裁法令范围。例如即使总部设在美国,企业或许可以通过所拥有的海外子公司做业务,使自己的技术被归类为境外技术。例如,按照现行规定,如果一块芯片源自美国的技术占比不到25%,那么它就可能不受禁令约束。只有相关技术和商品属于出于国家安全原因而受到管制的敏感类别,基于源自美国的技术但在海外制造的商品才会受制于实体清单禁令,而使用不那么敏感的美国源技术、在海外生产的商品不受实体清单禁令的限制。在所谓的微量规则下,可以合法地继续向被制裁对象提供部分产品。根据美国商务部规定,微量规则的门槛为25%。

#### (二) 与美国制裁执行部门和解

万一被美国OFAC盯上并持有一定的证据,中国企业也可积极争取和解,同OFAC签署和解协议。中兴通讯公司就是这方面的案例。另外,2018年12月12日,烟台杰瑞石油服务集团股份有限公司同意支付2774972美元,用以和解该公司因11项明显违反《伊朗交易和制裁条例》而可能承担的民事责任。<sup>(28)</sup>2019年3月27日,史丹利百得公司(Stanley Black & Decker, Inc.)就其中国子公司江苏国强工具有限公司(下称国强工具)明显违反《伊朗交易和制裁条例》所产生的潜在民事责任达成和解。史丹利百得公司代表自身和国强工具同意缴纳1869144美元罚款,就其23次明显违反《伊朗交易和制裁条例》所产生的潜在民事责任达成和解。

---

(27) 这8家中国公司是:北京八亿时空液晶材料科技公司,湖北宇飞光学仪器有限公司,松德刀具(长兴)科技有限公司,武汉伊菲激光设备有限公司,无锡恒菱科技有限公司,厦门三安光电股份有限公司,浙江西子航空工业有限公司,北京卓立汉光仪器有限公司。

(28) 据称,从2014年10月2日左右到2016年3月4日左右,杰瑞石油服务集团似乎至少违反了《伊朗交易和制裁条例》第203条和第204条的规定,通过中国向伊朗的最终用户出口或再出口,或试图出口或再出口美国原产货物。杰瑞石油服务集团在知道或有理由知道美国原产物料在生产、混合或并入与中国制造的货物后,是为了供应、转运或再出口给伊朗最终用户的情况下,还出口了某些美国原产的物料。11批货物中有2批在离开美国之前被美国海关边境保护局扣押。所涉货物包括油田设备,如备件、连续油管管柱和泵套。

### （三）向美国法院提起诉讼抗争

目前还没有查到中国企业或个人在美国提起相关诉讼的案例。“孟晚舟案”表面原因是美国对伊朗单边制裁适用而引起的，目前该案还停留在加拿大是否应该将孟晚舟引渡给美国的阶段。根据加拿大法律，如果被指控的行为在加拿大不构成犯罪，则不得引渡即不符合引渡的双重犯罪原则。美国对孟晚舟的指控如果是基于违反美国对伊朗实施的单边制裁，则可抗辩加拿大目前并没有针对伊朗的金融制裁，因此与银行的相关交易不存在违反加拿大法律的风险，从而不会导致银行遭受经济利益损失风险。但美国可能以孟晚舟误导外国金融机构违反美国单边金融制裁从而构成欺诈来提出引渡。类似案件可参考 *United States v. Zarrab*。Reza Zarrab 是土耳其贸易商，被指控从事与制裁对象伊朗的交易，通过美国银行支付系统而被美国 OFAC 制裁。美国法院驳回了 Zarrab 的保释请求。法院的理由是 Zarrab 利用美国银行结算导致美国实体被圈入成为制裁对象。

2019年5月16日，美国商务部将华为技术有限公司及其70个所属公司列入美方“实体清单”，禁止华为技术有限公司在未经美国政府批准的情况下从美国企业获得元器件和相关技术；受美国管辖的个人以及所有从事受美国出口管制的商品、软件和技术交易的公司，被禁止与华为技术有限公司实体做生意。华为技术有限公司已经在美国提起诉讼，指控美国相关部门的做法违宪。

### （四）写好经贸合同免责条款

遭遇美国单边经贸制裁是否可作为不可抗力而主张合同免责？这在司法实践中可能存在分歧。《中华人民共和国合同法》第94条第1项把“因不可抗力致使不能实现合同目的”作为可以解除合同的条件之一，进而又在第117条第2款中对“不可抗力”作出了具体的解释：“本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”在合同中，通常将不可抗力事件约定为三类：第一类，由自然原因造成，如洪水、地震、暴风雨等；第二类，由社会原因造成，如暴乱、战争等，现新增恐怖主义；第三类，其他原因，可包括政府行为。

中国合同法理论和有关立法没有排除政府行为作为不可抗力的免责事由。政府禁令或命令有可能被认定为不可抗力，但政府行为并不必然成为合同当事人可以主张的不可抗力，还要考察其是否符合不可抗力的几个要件。首先，是否为不能预见。政府禁令并非绝对不可预见，而是具有一定的可预见性。当事人如果已经可以合理地预见到某项政府行为将会被作出，就不能援引其作为不可抗力。其次，是否为不能避免、不能克服。作为行政机关发布的贸易禁令，自然人及法人是必须应当遵守的，否则就要承担相关的行政责任。《中华人民共和国对外贸易法》第61条第1款规定：“进出口属于禁止进出口的货物的，或者未经许可擅自进出口属于限制进出口的货物的，由海关依照有关法律、行政法规的规定处理、处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

目前，在国际经贸实践中，中国当事者应注意单边经贸制裁可能带来的影响，因此可尝试在合同中制定一些专门针对制裁的格式条款以免除自己可能面临的法律责任，这种条款被称为“制裁条款”。

美国的单边制裁还会影响国际贸易中的信用证结算。如果议付行是美国银行，如果信用证单

据中涉及美国制裁名单上的实体，美国银行就会主动扣留相关单据，听取美国 OFAC 的意见，从而导致信用证结算的耽搁。华为事件中某外国的行为就是这种情况。

中国的银行机构为了避免受美国次级制裁的影响，往往会在信用证开证时提出一些附加规定（即制裁免责），如开出信用证时附加条款规定：“鉴于联合国、欧盟、美国及其他国家或机构发布实施的制裁条例，我行对于单据的任何延误或未退还、未付款或其他适用于我行的法律、制裁条例或法院命令规定的作为或不作为予以免责。”关于信用证中的制裁免责条款是否可构成免责理由，仍然有争议。<sup>(29)</sup> 国际商会采取不支持的态度。<sup>(30)</sup>

#### （五）做好国际经贸合规审查工作

中国企业在参与国际经贸活动时要注意国际制裁特别是美国单边制裁的影响。在签订合同及履行合同中，要严格审查，保证业务合规，排查敏感国家、地区以及政治敏感人，要建立起自身的“制裁名单”排查体系，做好客户背景调查，要审查货物原产地、目的地、制造商及最终用户等信息。

2019 年 5 月 2 日，美国 OFAC 制定并发布了《OFAC 合规承诺框架》<sup>(31)</sup>，该框架概括了有效制裁合规计划应具备的五个基本要素。这五个基本要素分别是：（1）管理层承诺。组织机构需采取自上而下的制裁合规方式建立并培育“合规文化”。在判断组织机构是否恪守该合规要素时，OFAC 指出衡量标准包括组织机构是否任命专门的制裁合规官，以及专门负责实施制裁合规计划人员的素质和经验等。（2）风险评估。公司应进行风险评估以识别自身潜在的问题，并针对薄弱环节调整其制裁合规计划。（3）内部控制。公司应制定相关政策与程序，有效识别、拦截、上报、报告涉嫌违反 OFAC 制裁的行为，并保留有关记录。（4）测试与审计。评估现有程序的有效性并识别薄弱环节，对于完善制裁合规计划至关重要。（5）培训。公司应定期向员工并视情况向客户、供应商、业务伙伴和交易对方等利害关系人提供充分的信息和指导。针对以上五个方面的基本要素，中国从事国际经贸活动的企业需要采取一定的合规措施，这也是遇到美国单边经贸制裁可以抗辩的理由之一。

总而言之，在中美经贸摩擦背景下，中国实体和个人要做好针对美国单边经贸制裁的防范措施。

---

(29) Michaela Kappeler, Bruno Zeller, *The Effect of Sanctions on Letters of Credit*, 21 VINDOBONA JOURNAL OF INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW & ARBITRATION, 22 (2017).

(30) 王世勇：《信用证中的制裁条款分析》，《中国外汇》2019 年第 5 期，第 64 页。

(31) [https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/framework\\_ofac\\_cc.pdf](https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/framework_ofac_cc.pdf) (last visited Sep. 20, 2019).

## **US Unilateral Economic and Trade Sanctions and Their Legal Responses against the Background of Sino-US Economic and Trade Friction**

GONG Baihua

**Abstract:** The unilateral economic and trade sanctions of the United States mainly include trade sanctions and financial sanctions, which can be divided into primary sanctions and secondary sanctions. Secondary sanctions have resulted in conflicts of jurisdiction between States through the adoption of extraterritorial applicable legislation and the establishment of “long-arm jurisdiction” based on extended points of contact. The Chinese government may consider adopting the method of “blocking statutes” to cut off the effectiveness of unilateral economic and trade sanctions imposed by the United States in China. China can also take necessary legal countermeasures to offset the effectiveness of unilateral economic and trade sanctions imposed by the United States. Chinese entities or individuals affected by unilateral economic and trade sanctions of the United States may take legal measures such as application for administrative exclusion, reconciliation, litigation in American courts and prevention when drafting contract terms.

**Keywords:** Unilateral Sanctions; Long Arm Jurisdiction; Blocking Statute; Economic and Trade Frictions

(责任编辑：石静霞)

# 中国尽早加入《政府采购协定》的法律建议

贺小勇

---

**摘要：**2001年中国入世时表示，“尽快通过提交附件一的出价，加入GPA的谈判”，然而，自2007年以来中国提交了六次出价清单，均未能解决中国加入GPA的问题。从政府采购国际规则的演变来看，中国越早加入GPA，付出的制度成本越低。中国加入GPA，无论是探索制度型开放，还是以全面开放推动国内政府采购的深化改革，都十分必要。为尽早加入GPA，中国可以从完善出价清单和国内采购法规体系两方面入手。出价清单的完善，包括新增一定类别的国有企业、进一步扩大服务贸易开放的领域、降低采购门槛价以及改善总备注等；国内采购法规体系需要根据GPA的要求，对《政府采购法》和《招标投标法》进行协调与修订，并对相关的管理体制进行调整。

**关键词：**政府采购；全面与先进的太平洋伙伴关系协定；出价清单；其他实体；总备注  
[中图分类号] D996.1 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180(2019)06-0013-12

---

《政府采购协定》(Government Procurement Agreement, GPA)作为世界贸易组织(WTO)框架下的诸边协定，是各参加方对外开放政府采购市场，以实现政府采购国际化和自由化的国际法律文件。中国为加入GPA，自2007年起已提交六次出价进行谈判，虽不断扩大政府采购开放范围，但由于国内的政府采购体系与GPA存在较大差异，对于如何将国有企业纳入GPA的管辖范围，如何进一步完善出价清单等问题，长期以来存在不少争议。2018年4月10日，习近平主席在博鳌亚洲论坛2018年年会开幕式上的主旨演讲中提出，在扩大开放方面中国将采取四项重大举措，在第四项重大举措“主动扩大进口”中向世界宣布，中国要加快加入世界贸易组织《政府采购协定》(GPA)进程。<sup>(1)</sup>习近平主席的讲话意味着中国将大幅改进出价清单，以尽可能满足GPA参加方的期待。2019年2月25日至27日，中国财政部派员赴瑞士日内瓦就中国加入GPA开展了双、多边谈判。谈判代表团分别与欧盟、加拿大、日本和韩国开展双边磋商，与政府采购委员

---

【作者简介】贺小勇，华东政法大学教授，博士生导师，华东政法大学自贸区法律研究院常务副院长，中国（上海）自由贸易试验区管委会法律顾问。

【基金项目】国家哲社基金规划项目“TPP对服务贸易规则的重构与中国对策研究”（项目批准号：16BFX198）。

（1）习近平：《在博鳌亚洲论坛2018年年会开幕式上的主旨演讲》，<http://cpc.people.com.cn/n1/2018/0410/c64094-29917187.html>，最后访问时间：2019年6月23日。